

Der «Anwalt des Kindes»¹ – eine Standortbestimmung

Stefan Blum, Rechtsanwalt, Winterthur und Christina Weber Khan, dipl. Sozialarbeiterin FH/MAS Kinderrechte, Zürich²

Stichwörter: *Anwalt des Kindes, Kinderrechte, Partizipation, Kinderfreundliche Justiz, Kindesschutzverfahren, Vertretung des Kindes, Kindeswohl, Unabhängigkeit*

Mots-clés: *Avocat de l'enfant, droits de l'enfant, Participation à la procédure, Accès des enfants à la justice, Procédure de protection de l'enfant, Représentation de l'enfant, Bien de l'enfant, Indépendance*

Parole chiave: *Avvocato dei minori, Diritti dei minori, Giustizia favorevole ai minori, Procedimento di protezione dei minori, Rappresentanza del minore, Bene del minore, Indipendenza*

Die Rechtsfigur des «Anwalts des Kindes» hat sich in vielen Ländern als fester Bestandteil einer kinderfreundlichen Justiz etabliert. Auch in der schweizerischen Rechtspraxis ist nach Jahren der Zurückhaltung ein Trend zu mehr Verfahrenspartizipation von Kindern und Jugendlichen festzustellen. Der folgende Beitrag zeichnet die internationale und schweizerische Entwicklung nach.

«L'avocat de l'enfant»³ – Point de la situation

Dans plusieurs pays, un «avocat de l'enfant» a été mis en place comme un élément important pour assurer aux enfants un accès à la justice. Après des années de retenue, le droit suisse manifeste une tendance à instituer une plus large participation des enfants et des mineurs dans les procédures. Le présent article évoque ce développement, sur le plan suisse et international.

L'«avvocato dei minori»⁴ – stato attuale dell'istituto

L'istituto giuridico dell'«avvocato dei minori» in molti paesi si è stabilito quale parte integrante di una giustizia favorevole ai minorenni. Anche nella prassi giuridica svizzera,

¹ «Anwalt des Kindes», «Kinderanwalt» und «Kindesverfahrensvertreter/in» werden in diesem Beitrag synonym verwendet, wobei der Begriff «Anwalt» nicht an die juristische Grundausbildung, sondern an die anwaltschaftliche Rolle dieser Fachperson anknüpft. Der Begriff «Beistand» wird in diesem Zusammenhang konsequent vermieden, um Verwechslungen mit dem Erziehungsbeistand zu vermeiden. Zu beachten ist allerdings, dass in Deutschland und Oesterreich der Kinderanwalt «Verfahrensbeistand» bzw. «Kinderbeistand» heisst.

² Der Autor ist delegierter Geschäftsführer, die Autorin Co-Leiterin der Geschäftsstelle des Vereins Kinderanwaltschaft Schweiz in Winterthur, welcher die Förderung der Partizipation von Kindern und Jugendlichen in rechtlichen Verfahren bezweckt. Sie vertreten hier ihre persönliche Auffassung.

³ Dans le présent article, «avocat de l'enfant», «avocat des enfants», «représentant de l'enfant en justice» sont employés comme des synonymes, dès lors que la notion d'«avocat» ne fait pas référence à la formation spécifique, mais au rôle d'avocat tenu par ces spécialistes. Dans ce contexte, le terme de «curatelle» n'est pas utilisé pour éviter des confusions avec la curatelle éducative. Il est pourtant vrai que, en Allemagne et en Autriche, l'avocat de l'enfant est appelé «curateur en procédure», respectivement «curateur des enfants».

⁴ «Avvocato dei minori», «Avvocato del minorenne» e «Rappresentante legale del minore» in questo contributo sono usati come sinonimi malgrado il concetto di «avvocato» non si riferisce alla formazione giuridica di base ma al ruolo di patrocinatore di questa figura professionale. Il termine di «curatore» è conseguentemente evitato in questo contesto ai fini d'evitare di confonderlo con il curatore educativo. Da osservare che in Germania e in Austria l'avvocato dei minori è denominato «curatore procedurale», rispettivamente «curatore dei minori».

dopo anni di prudente attesa, si constata uno sviluppo nel senso di una maggiore partecipazione di bambini e giovani nelle procedure che li concernono. Il contributo che segue illustra lo sviluppo internazionale e svizzero dell'istituto.

«Die Formel <Anwalt des Kindes> mag etwas plakativ tönen. Tatsächlich geht es aber keineswegs um abstrakte Ideologie, sondern um den durchaus realistischen Versuch, den unmündigen Menschen, soweit das mit den Mitteln des Rechts möglich ist, auch im Verfahren ernst zu nehmen. (...) Das Postulat der Vertretung des Kindes ist nichts anderes als der verfahrensmässige Aspekt der Maxime des Kindeswohls».

Dieses Zitat stammt von *Cyril Hegnauer* und ist seinem 1994 in dieser Zeitschrift erschienenen Artikel «Der Anwalt des Kindes» entnommen⁵. Anlass dafür war die 1993 in Deutschland publizierte rechtsvergleichende Untersuchung, die *Ludwig Salgo*⁶ im Auftrag des deutschen Ministeriums für Justiz durchgeführt hatte. *Hegnauers* Betrachtung beschreibt die Verfahren, in welchen Kinder Parteistellung haben und kommt für das Kindesschutzverfahren unter Berufung auf *Salgo* zum vorsichtig formulierten Schluss, Notwendigkeit und Sinn eigenständiger Vertretung des Kindes liessen sich nicht grundsätzlich verneinen, rechtspolitisch bestünden jedoch «heute kaum Aussichten», die Vertretung des Kindes im Kindesschutzverfahren gesetzlich vorzuschreiben. Für die damals anstehende Scheidungsrechtsrevision empfahl er, die eigenständige Vertretung des Kindes zu regeln und erwähnte, dass die anstehende Revision des Vormundschaftsrechts Gelegenheit biete, dasselbe auch im Bereich des Kindesschutzrechts zu tun.

Das war vor 18 Jahren. Der vorliegende Beitrag fasst die seither stattgefundenene Entwicklung zusammen, beleuchtet – mit spezieller Berücksichtigung des Kindesschutzverfahrens – ausgewählte Aspekte und schliesst mit einem Blick in die Zukunft⁷.

1. Internationale Entwicklung

a) UN-Kinderrechtskonvention (KRK)

Im Zeitpunkt der Publikation des erwähnten Aufsatzes war die UN-Kinderrechtskonvention⁸ (KRK) gerade einmal drei Jahre in Kraft, ihr weltumspannender Erfolg und ihre Wirkung auf die Gesellschaft, die Gesetzgebung, das staatliche Handeln und den Alltag von Millionen von Kindern zeichneten sich jedoch schon deutlich ab. *Ludwig Salgo* konstatierte 1993 in seiner erwähnten Untersuchung: «In den vergangenen zwei Jahrzehnten fand eine radikale Veränderung der

⁵ *Cyril Hegnauer*, Der Anwalt des Kindes, ZVW 1994, S. 181–187.

⁶ *Ludwig Salgo*, Der Anwalt des Kindes. Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Kindesschutzverfahren, eine vergleichende Studie, Bonn 1993 (2. Aufl. 1996).

⁷ Die Verfasserin und der Verfasser danken Peter Grossniklaus (Basel) herzlich für seine wertvolle Unterstützung.

⁸ Vom 20. November 1989; in Kraft gesetzt am 2.9.1990, ratifiziert durch die Schweiz am 24.2.1997.

Sichtweise der Rechte und Interessen von Kindern in vielen Ländern statt. Eine Interessenidentität zwischen Erwachsenen und Kindern (...) wird nicht mehr stets als eine Selbstverständlichkeit angenommen; die häufig unterstellte Identität der Interessen Minderjähriger mit denen des Staates wird zunehmend in Frage gestellt. Das Vertrauen in die staatlichen Instanzen des Kinderschutzes ist nicht mehr ungebrochen, zumal diese justiziellen und bürokratischen Instanzen ein ganzes, häufig nicht ohne weiteres entwirrbares Knäuel von Interessen, die untereinander widersprüchlich, wenn nicht gar unvereinbar sind, zu vertreten haben.» Die Frage, ob Kinder in justiziellen Verfahren ein Recht auf eine eigene Vertretung haben, stand in den von ihm untersuchten Staaten bereits nicht mehr im Vordergrund, sondern die Frage, *wie* diese Vertretung zu gestalten sei, wie der Vertreter seine Rolle wahrzunehmen habe. Die Einstellung der Gesellschaft, aber auch der Rechts- und Sozialordnung Kindern gegenüber hat sich in vielen Ländern bereits anfangs der 90er-Jahre erkennbar gewandelt: Weg vom Bild des Kindes als (reines) Schutzobjekt, hin zu einem Kinderbild, das auf Menschenwürde basiert und Kinder als Rechtssubjekte mit eigenen Rechten und Interessen respektiert⁹. Kein anderes Dokument repräsentiert diesen Wandel so deutlich wie die KRK, welche am Ende einer jahrzehntelangen Periode steht, welche auch als «Jahrhundert des Kindes» bezeichnet wird. An die Adresse der Vertragsstaaten und deren Organe formulierte der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (i.f. UN-Kinderrechte-Ausschuss) den Anspruch, dass sie sich bei der Umsetzung der KRK an den vier allgemeinen Grundsätzen (general principles) der KRK zu orientieren haben: Recht auf Gleichbehandlung, Vorrang des Kindeswohls, Recht auf Leben und Entwicklung und Recht des Kindes auf Beteiligung und Gehör.¹⁰

b) Recht des Kindes auf Beteiligung (Partizipation)

Für den Bereich des «Anwalts des Kindes» (oder: der Kindesverfahrensvertretung) ist Art. 12 KRK zum Recht des Kindes auf Beteiligung und Gehör von zentraler Bedeutung, weshalb wir diese Bestimmung hier in vollem Wortlaut zitieren:

(1) Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

(2) Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder

⁹ Es fehlt hier der Raum, um die soziologische, historische und rechtliche Entwicklung nachzuzeichnen. Instruktiv sind z.B.: *Eugen Verhellen*, Partizipationsrechte der Kinder und Jugendlichen, in: Gerber Jenni/Hausammann (Hrsg.), *Die Rechte des Kindes. Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz*, Basel 2001, S. 107; *Judith Wyttenbach*, *Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat*, Basel 2006, S. 5 ff.

¹⁰ Committee on the Rights of the Child. General Comment No. 5 (2003): General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child.

durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

Art. 12 KRK bildet gleichsam das Herzstück des neueren Kinderrechtsparadigmas¹¹. Durch die Statuierung des Anspruchs auf Gehör wird der Fokus verschoben: Weg von der Frage, welche Entscheidung Kinder (nicht) fällen können hin zur Frage, wie Kinder partizipieren können und wie ihre Meinung gehört und in Entscheidungen berücksichtigt werden kann. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist Art. 12 KRK direkt anwendbar¹². Dies hat die sehr weitgehende Bedeutung, dass das urteilsfähige Kind «in allen die Angelegenheiten des Kindes betreffenden Verfahrenen» angehört werden muss, und zwar unabhängig von einer konkreten Rechtsgrundlage im Schweizer Recht (z.B. in familienrechtlichen Verfahren, Sorgerechts- und Obhutszuteilung, bei Regelung des Besuchsrechts und des Unterhalts, im Asyl- und Ausländerrecht, in schulrechtlichen Verfahren)¹³. Für urteilsfähige Kinder hat das Recht auf Gehör nicht nur den Charakter eines Mittels der Sachverhaltsfeststellung, sondern auch denjenigen eines *persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechts*¹⁴. Vor der Urteilsfähigkeit anerkennt das Bundesgericht den persönlichkeitsrechtlichen Anspruch des Kindes auf Mitwirkung nicht, sodass dann das Ziel der Sachverhaltsfeststellung in den Vordergrund tritt¹⁵. Beim urteilsunfähigen Kind können die Eltern die Anhörung verlangen.

Der UN-Kinderrechte-Ausschuss hat 2009 einen *General Comment* (deutsch: «Allgemeine Bemerkung») zum «Recht des Kindes auf Gehör» verfasst¹⁶. *General Comments* dienen in erster Linie dazu, die Vertragsstaaten und ihre Organe (Regierungen, Gerichte, Parlamente, Behörden) bei der Interpretation und der konkreten Umsetzung der KRK zu unterstützen. Sie bieten jedoch auch für Kinderrechts-Praktiker eine hilfreiche Interpretationshilfe bei der Anwendung der KRK.

Nebst der Empfehlung des UN-Kinderrechte-Ausschusses an die Vertragsstaaten, in ihrer Gesetzgebung Mechanismen vorzusehen, über welche die Meinung

¹¹ Lothar Krappmann, Kinder an die Macht? Gedanken zu Art. 12 UN-KRK, in: Kinderanwaltschaft Schweiz (Hrsg.), Praktische Kindesverfahrensvertretung und die Berücksichtigung des Kindeswillens, Schriftenreihe Anwalt des Kindes Band 1 2010, S. 33.

¹² BGE 124 III 90 ff.

¹³ Selbstverständlich gilt Art. 12 nicht nur in Rechtsverfahren, sondern in allen Angelegenheiten, die es berühren, vgl. Krappmann, a.a.O. S. 34 ff.

¹⁴ Es kann von «gefühlter» oder «erlebter» Partizipation gesprochen werden, welche für die Entwicklung des Kindes ganz allgemein eine überaus wichtige Rolle spielt; vgl. Heidi Simoni (2007), Partizipation stärkt! «undKinder», 79, 55–65, dies., (2009), Kinder anhören und hören, ZVW 5, 333–349; Maud Zitelmann, Kindeswohl und Kindeswille im Spannungsfeld von Recht und Pädagogik, Münster 201, S. 217 ff.

¹⁵ In einzelnen Bereichen gilt die Grenze der Urteilsfähigkeit bereits heute schon nicht mehr, z.B. in Scheidungsverfahren für die Anhörung (Art. 298 ZPO), welche gemäss Bundesgericht im Sinn einer Richtlinie grundsätzlich ab dem 6. Altersjahr möglich ist (BGE 131 III 553 ff.); vgl. dazu auch: Partizipationsrechte von Kindern in rechtlichen Verfahren. Ein Interview mit Michelle Cottier, in: «Kindern zuhören – Das Recht auf Meinungsäusserung und Anhörung», 2011, www.ekkj.ch

¹⁶ http://www.ekkj.admin.ch/c_data/GeneralCommentlang.pdf.

des Kindes erkundet und berücksichtigt wird¹⁷, nimmt er auch konkret zur Kindesvertretung Stellung.¹⁸ Demgemäss soll das Kind ebenfalls entscheiden, ob eine Anhörung «entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle» erfolgen solle. Dies bedingt wiederum eine aktive Information der betroffenen Kinder und Jugendlichen durch die zuständigen Behörden. Zur Person der Kindesvertretung führt der Ausschuss an, dass dies die Eltern, ein Rechtsanwalt oder eine andere Person (unter anderem eine Sozialarbeiterin) sein können. Er betont jedoch auch, dass in vielen Fällen ein Interessenkonflikt zwischen dem Kind einerseits und seinen gesetzlichen Vertretern (insbesondere den Eltern) bzw. den entsprechenden Behörden andererseits bestehen kann. Kindesvertreter müssten sich daher bewusst sein, dass sie ausschließlich die Kindesinteressen vertreten und nicht die Interessen anderer involvierter Personen oder Organisationen.

c) *Umsetzung von Art. 12 KRK im internationalen Vergleich*

Die Vertragsstaaten der KRK müssen gegenüber dem UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes über die Umsetzung in ihrer Gesetzgebung periodisch Bericht erstatten. Parallel dazu verfassen die Organisationen der Zivilgesellschaft aus dem Kinder- und Jugendbereich einen ergänzenden NGO-Bericht.¹⁹ Dieser Bericht und die Anhörung der Vertreterinnen und Vertreter der Zivilgesellschaft haben im Berichterstattungsverfahren einen hohen Stellenwert und werden ergänzend zu den Staatenberichten berücksichtigt. Der Ausschuss prüft die eingehenden Berichte und veröffentlicht in der Folge «Concluding observations», welche Empfehlungen an die Staaten für eine weitere Verbesserung der Umsetzung der Kinderrechte enthalten. Diesen Empfehlungen wie auch den erwähnten General Comments wird eine hohe Autorität zugeschrieben. Wenig überraschend zeigt sich, dass Staaten, die das Abkommen früh ratifiziert haben, auch in der Umsetzung weiter fortgeschritten sind. Weiter zeigt sich, dass Staaten, in denen die Menschenrechte notorisch bedroht sind, in politisch günstigen Zeiten offener sind für die Übernahme internationaler menschenrechtlicher Standards als traditionell demokratisch-freiheitliche Staaten, welche sich bereits im Einklang mit internationalen Menschenrechtsregeln wähen.²⁰ Im Bezug auf den «Anwalt des Kindes» lässt sich zusammenfassen, dass im EU-Raum heute die Gesetzgebun-

¹⁷ U.a. bei Entscheidungen über die Unterbringung in Pflegefamilien oder Heimen, bei der Entwicklung und Überprüfung von Betreuungsplänen und bei Besuchen bei Eltern und Familienmitgliedern.

¹⁸ Allgemeine Bemerkung zu Art. 12, Ziff. 35.

¹⁹ In der Schweiz wird dieser Bericht vom Netzwerk Kinderrechte Schweiz, einem Zusammenschluss von rund 45 Organisationen aus den Bereichen Kinderrechte, Kinderschutz und Kinderpolitik, erstellt.

²⁰ Als Beispiel Südafrika: Die nach der Abschaffung der Apartheid und dem damit verbundenen politischen Richtungswechsel generalrevidierte südafrikanische Verfassung enthält einen wegweisenden Kinderrechtsartikel, vgl. dazu *Ursina Weidkuhn*, Jugendstrafrecht und Kinderrechte, Betrachtungen des Schweizerischen Jugendstrafrechts im Lichte der internationalen Rechte des Kindes und im Vergleich zu Südafrika, Zürich 2009.

gen von 25 Staaten dem Kind im Verfahren einen (eigenen) Interessenvertreter zur Seite stellen²¹, zuletzt Österreich, welches den *Kinderbeistand* am 1. Juli 2010 eingeführt hat²². Dasselbe trifft auf praktisch alle US-Bundesstaaten und Kanada zu. Das Ministerkomitee des Europarats hat am 17. November 2011 Leitlinien für eine kinderfreundliche Justiz verabschiedet²³. Diese führen nicht nur die wichtigsten Grundprinzipien an, die zu beachten sind, damit Kinder am Rechtsleben teilhaben können. Sie sind auch eine Sammlung von praktischen Normen, die alle Mitgliedstaaten des Europarats umsetzen sollten, um eine Justiz zu gewährleisten, die den kognitiven und emotionalen Besonderheiten von Kindern gerecht wird. Ausserdem legen sie im Sinne von «best practices» Massnahmen nahe, die auch zu innovativen schweizerischen Lösungen anregen können. Unter den zahlreichen Punkten, die in den Leitlinien angesprochen werden, befinden sich auch das Recht auf Zugang zum Rechtssystem und der Anspruch auf eine eigene und anwaltschaftliche Vertretung. Leitlinien und Beispiele für die Ausgestaltung einer kinderfreundlichen Justiz hat im Jahr 2011 auch das weltumspannende Child Rights International Network (CRIN) publiziert.²⁴

2. *Situation in der Schweiz*

a) Allgemeine Umsetzung der KRK

Der erste Staatenbericht der Schweiz wurde 2002 vom UN-Ausschuss über die Rechte des Kindes behandelt. Der zweite Bericht ist seit 2007 ausstehend und wird 2012 erwartet. Das Netzwerk Kinderrechte Schweiz hat im Juni 2009 einen NGO-Report erstattet und dem UN-Kinderrechte-Ausschuss konkrete Empfehlungen abgegeben.²⁵ Betreffend Verfahrensbeteiligung von Jugendlichen und Kindern konstatiert der Bericht, dass Art. 12 KRK hinsichtlich Gesetzgebung und Vollzug erst rudimentär umgesetzt ist und empfiehlt ausdrücklich, Ausbildungsprogramme für Gerichte, Verwaltung und Kindesverfahrensvertreter durchzuführen sowie die Finanzierung unabhängiger Kindesverfahrensvertretungen sicherzustellen.²⁶ Ebenfalls fordert die Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen (EKKJ)²⁷ in ihrem im November 2011 publizierten Bericht «Kindern zuhören» u.a. die Verbesserung der Verfahrensbeteiligung für

²¹ Malta, Niederlande, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowenien, Slowakei, England, Österreich, Bulgarien, Tschechische Republik, Deutschland, Estland, Spanien, Frankreich, Ungarn, Irland, Italien, Luxemburg, Lettland, Belgien, Zypern, Dänemark, Litauen.

²² Art. 104a Ausserstreitgesetz, für Obsorgeverfahren und Verfahren betreffend persönlicher Verkehr; vgl. auch *Lehner/Figdor*; Das Projekt «Kinderbeistand», in: *undKinder*, Nr. 87 / Juni 2011 S. 65, Marie Meierhofer Institut für das Kind, Zürich.

²³ Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice, www.coe.int/childjustice (zuletzt eingesehen: 5. Januar 2012)

²⁴ Siehe <http://crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=24828&flag=report> (zuletzt eingesehen: 5.1.2012)

²⁵ Der Bericht ist unter www.netzwerk-kinderrechte.ch einsehbar (zur Verfahrenspartizipation insb. S. 14 f.

²⁶ A.a.O., S. 14f.

²⁷ Die EKKJ ist eine seit 1978 bestehende ausserparlamentarische Kommission, welche den Bundesrat und andere Bundesbehörden hinsichtlich der Anliegen von Kindern und Jugendlichen berät.

Kinder und Jugendliche und die Einrichtung von Schulungs- und Ausbildungsprogramme für Mitarbeitende bei den zuständigen Gerichten und Behörden.²⁸

b) Gesetzliche Grundlagen

Gestützt auf die internationalrechtlichen Vorgaben – vorab Art. 3 und 12 KRK – ist das Wohl des Kindes in *jedlichen* Verfahren ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt und ist die Partizipation von Kindern grundsätzlich in *allen* Bereichen und Verfahren umzusetzen. Das Recht des Kindes auf Gehör und auf Verfahrenspartizipation ist deshalb keineswegs auf den Bereich des Familienrechts beschränkt, sondern gilt universell. Der schweizerische Gesetzgeber wird in Zukunft Wege finden müssen, wie er diesem Umstand im Rahmen der Entwicklung zu einer *child friendly justice* legislatorisch Rechnung tragen will.

Derzeit existieren für folgende Verfahren spezifische gesetzliche Regelungen für die Vertretung des Kindes: Scheidungsverfahren: Art. 299 f. ZPO²⁹; Jugendstrafverfahren: Art. 23 ff. JStPO (Verteidigung)³⁰, Internationale Kindsentführungen: Art. 9 Abs. 3 BG-KKE³¹, Kindesschutzverfahren: Art. 314a^{bis} nZGB³²). Generell können urteilsfähige Kinder und Jugendliche in höchstpersönlichen Angelegenheiten (unabhängig vom Verfahren) gestützt auf Art. 19 Abs. 2 ZGB³³ selber eine Rechtsvertretung mandatieren.³⁴

c) Gerichts- und Behördenpraxis

Es mangelt an Erhebungen und Statistiken über den Einbezug von Kindern im Verfahrensbereich, weshalb verlässliche Aussagen über die Anwendung der erwähnten gesetzlichen Grundlagen praktisch nicht möglich sind. Aus dem Teilprojekt «Kinder und Scheidung» der Nationalfonds-Studie NFP 52³⁵ ist bekannt, dass nur in etwas 10% der Scheidungsfälle mit Kindern diese vom Gericht angehört werden. Die Untersuchung zeigte, dass die Beteiligung der Kinder an der Reorganisation des Familienlebens in der Praxis von Gerichten entgegen den rechtlichen Vorgaben noch kaum ausreichend gewährleistet ist. Die Studie enthält deshalb auch konkrete Empfehlungen zur Verbesserung. Die unter Ziffer b oben erwähnten gesetzlichen Grundlagen sind grösstenteils offen und unverbindlich formuliert, was eine unterschiedliche Anwendung von Kanton zu Kanton bzw. von Behörde zu Behörde begünstigt. Bei der Einsetzung von Kinderan-

²⁸ Kindern zuhören – Das Recht auf Meinungsäusserung und Anhörung, EKKJ 2011, www.ekkj.ch.

²⁹ Ersetzt seit 1. Januar 2011 Art. 146f. aZGB (SR 272)

³⁰ *Bernard/Blum*: Die Verteidigung nach der neuen Jugendstrafprozessordnung, in: *forumpoenale* 2/11, S. 113ff.

³¹ Bundesgesetz über die internationale Kindsentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (SR 211.222.32).

³² Tritt am 1. Januar 2013 in Kraft.

³³ Ab 2013: Art. 19c Abs. 1 nZGB.

³⁴ Jedoch können sich Jugendliche i.d.R. nicht zur Honorarzahung verpflichten, sodass eine Vertretung effektiv nur stattfinden kann, wenn die zuständige Behörde auf Antrag hin die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt.

³⁵ Siehe www.nfp52.ch.

wälten ist die Vollzugspraxis ebenfalls schwierig einzuschätzen. Die Statistik der Konferenz der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden KOKES über die Einsetzung von Kindesvertretern in ehe- bzw. scheidungsrechtlichen Verfahren zeigt seit dem Jahr 2000 keinen klaren Trend und weist durchschnittlich 131 Neueinsetzungen pro Jahr aus (2010: 152).³⁶ Die Anzahl der in Kindesschutzverfahren angeordneten Verfahrensvertretungen lässt sich bis heute nicht eruieren, da sie nicht separat erfasst werden. Die Geschäftsstelle des Vereins Kinderanwaltschaft Schweiz, welche u.a. Kinder und Jugendliche, Erwachsene und Fachpersonen aus deren Umfeld sowie Gerichte und Behörden zu Fragen der Kindesvertretung berät, stellt seit 2011 ein erhöhtes Interesse zu Fragen von Gerichten und Behörden an der Vermittlung von Kinderanwältinnen und Kinderanwälten fest. Dies ist möglicherweise auf die in letzter Zeit in der Fachöffentlichkeit und den Medien vermehrt ins Zentrum gerückten Fragen rund um die Partizipation und Rechte von verfahrensbetroffenen Kindern zurückzuführen. Insgesamt kann jedoch festgestellt werden, dass der Einbezug der Kinder in der schweizerischen Verfahrensrealität nach wie vor ganz am Anfang steht.³⁷

d) Personelle Spezialisierung

Immer wieder wird im Bereich von Verfahren, bei denen Kinder involviert sind, auf das Erfordernis der personellen Spezialisierung der mit solchen Fällen befassten Fachpersonen hingewiesen³⁸, wobei selbstverständlich nicht nur Kinderanwältinnen und -anwälte, sondern alle Beteiligten (Organe der Jugend- und Familienhilfe, der Behörden und Gerichte) angesprochen sind. Für die Qualität der Kindesvertretung in der Schweiz ist es wichtig, dass Fachpersonen, die Kinder vertreten, eine gewisse Mindestanzahl Mandate über einen längeren Zeitraum übernehmen und sich die nötige Erfahrung und Aus- und Weiterbildung aneignen. Es werden seit einigen Jahren von verschiedenen Hochschulen Weiterbildungen im Bereich Kindesvertretung angeboten³⁹. Der Verein Kinderanwaltschaft Schweiz vereinigt Fachpersonen, welche sich auf die Vertretung von Kindern spezialisieren und bietet regelmässig Weiterbildungen und Interventionsveranstaltungen an. Seine Mitglieder sind verpflichtet, die vom Verein erlassenen Standards bei der Führung ihrer Mandate einzuhalten und im Rahmen von durch den Verein organisierten Evaluationen ihre Fälle zu dokumentieren.

³⁶ Siehe www.kokes.ch

³⁷ Zum Vergleich: In Deutschland wurden 2008 in familiengerichtlichen Obhuts-/Sorgerechts- sowie Unterbringungsverfahren insgesamt 18 123 Kindesvertreter eingesetzt; zur Situation in Deutschland instruktiv: www.verfahrensbeistand-bag.de.

³⁸ Vgl. etwa die schon erwähnte NFP 52-Untersuchung.

³⁹ Hochschule Luzern Soziale Arbeit, CAS Kindesvertretung, Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften ZHAW.

e) *Literatur*

Seit Ende der 90er-Jahre sind im deutschen Sprachraum regelmässig Abhandlungen und Dissertationen zum Thema Verfahrensvertretung von Kindern erschienen.⁴⁰

3. Wichtige Aspekte der Kindesvertretung am Beispiel des Kindeschutzverfahrens⁴¹

a) *Eignung, Funktion und Rollenverständnis*

Das Gesetz konkretisiert die Person, Rolle und Funktion des Kindesvertreters kaum. Es spricht sowohl im Scheidungsverfahren als auch im zukünftigen Kindeschutzverfahren (Art. 314a^{bis} nZGB) von einer «in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrenen Person», der die Vertretung des Kindes zu übertragen ist. Diese – etwas antiquiert wirkende – Formulierung drückt aus, dass die Aufgabe multidisziplinäre Kenntnisse und Kompetenzen erfordert. Es ist grundsätzlich unbestritten, dass sich sowohl Fachpersonen mit juristischer Grundausbildung wie auch solche mit einer Ausbildung im sozialarbeiterischen oder sozialpädagogischen Bereich eignen⁴². Aufgrund der viel weiter zurückreichenden Erfahrung anderer Länder kann davon ausgegangen werden, dass die praxistauglichen Modelle mit Personen arbeiten, die über ihre berufliche Grundqualifikation hinaus eine zusätzliche Qualifikation erworben haben. Gefordert ist zum einen psychologische und soziale Kompetenz, insbesondere die Fähigkeit, das Vertrauen des zu vertretenden Kindes, sowie wenn möglich auch dasjenige anderer Beteiligten und der Behörden oder Gerichte, zu gewinnen. Andererseits muss die Vertretung Kenntnisse im auf den konkreten Fall anwendbaren materiellen und Prozessrecht haben. Das nachfolgende Anforderungsprofil⁴³ ist das Destillat zahlreicher in- und ausländischer Erfahrungen. Wer dieses erfüllt, ist

⁴⁰ Chronologisch geordnete Auswahl: *Jonas Schweighauser*: Die Vertretung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – Anwalt des Kindes, Basel 1998; *Caroline Steindorff-Classen*: Das subjektive Recht des Kindes auf seinen Anwalt: unter besonderer Berücksichtigung von Impulsen aus dem französischen Recht, Neuwied 1998; *Maud Zitelmann*: Kindeswohl und Kindeswille im Spannungsfeld zwischen Pädagogik und Recht, Münster 2001; *Bungart/Kuleisa-Binge/Ullrich*: Der Anwalt des Kindes. Erfahrungsberichte und theoretische Grundlagen der Verfahrenspflegschaft. Münster 2002; *Yolanda Mutter-Freuler*: Die Vertretung des Kindes im Zivilverfahren. Ein Vergleich des schweizerischen und kanadischen Rechts, Zürich 2006; *Blum/Cottier/Migliazza*: Anwalt des Kindes. Ein europäischer Vergleich zum Recht des Kindes auf eigene Vertretung in behördlichen und gerichtlichen Verfahren, Bern 2008; *Praktische Kindesverfahrensvertretung und die Berücksichtigung des Kindeswillens*, Schriftenreihe Anwalt des Kindes Band 1, Kinderanwaltschaft Schweiz (Hrsg.), Winterthur 2010; *Salgo et al.*: Verfahrensbeistandschaft. Ein Handbuch für die Praxis, Köln 2010; *Kindesvertretung – Gerichte und Behörden auf dem Weg zu kindgerechten Entscheidungen*, Schriftenreihe Anwalt des Kindes Band 2, Kinderanwaltschaft Schweiz (Hrsg.), Winterthur 2011.

⁴¹ Dazu auch: *Kurt Affolter*, Kindesvertretung im behördlichen Kindeschutzverfahren, in: *Kindesvertretung – Gerichte und Behörden auf dem Weg zu kindgerechten Entscheidungen* (Fn. 40), S. 29 ff.

⁴² Einzige Ausnahme bildet die Jugendstrafverteidigung, die Anwältinnen und Anwälten vorbehalten bleibt.

⁴³ Leicht abgeändert aus: *Salgo*, Verfahrensbeistandschaft (Fn 40), S. 15.

nach den bisherigen Erfahrungen am besten geeignet, unabhängig von der Grundqualifikation. Vertretungspersonen sollten

- über solide Rechtskenntnisse auf dem Gebiet des Familien- und insbesondere des Kindesschutzrechts verfügen,
- die Komplexität des für Kinder und Jugendliche und ihre Eltern relevanten Familienverfahrensrechts beherrschen,
- über grundlegende Kenntnisse der Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter verfügen,
- Kenntnisse der sozialen, kulturellen und psychischen Lebenssituation der vertretenen Kinder und Jugendlichen haben,⁴⁴
- Techniken kennen und über Kompetenzen verfügen, um Kinder und Jugendliche zu verstehen und mit ihnen altersadäquat zu kommunizieren,
- über vermittelnde (mediative) Kompetenzen verfügen,
- Kenntnisse über die Angebote der ambulanten und stationären Kinder- und Jugendhilfe vor Ort haben,
- über professionelle Erfahrungen im Umgang mit Kindern verfügen und
- über Methoden- und Handlungssicherheit sowie Rollenklarheit in Bezug auf alle Beteiligten verfügen.

Aufgrund der durch Berufsausbildung erworbenen Grundqualifikationen erfüllt keine der in Frage kommenden Berufe (Rechtsanwalt, Sozialarbeiter, Sozialpädagoge, Psychologe, Lehrer) das hier erforderliche Anforderungsprofil ohne entsprechende Weiter- oder Zusatzausbildungen. Die eigenständige Interessenvertretung von Kindern erschöpft sich praktisch nie darin, beim Kind dessen Willen abzuholen und diesen der Behörde zu übermitteln. Es bestehen fundamentale Unterschiede zwischen der Interessenwahrung für einen erwachsenen Mandanten und der unabhängigen Interessenvertretung Minderjähriger hinsichtlich Zusammenarbeit, Zeitaufwand, Umgang mit Wille und Wohl des Mandanten etc.

b) Unabhängigkeit

Von essenzieller Bedeutung für die Tätigkeit und die Eignung von Kinderanwälten ist, dass diese ihre Tätigkeit in grösster Unabhängigkeit (gegenüber Eltern, Sozialen Diensten, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und Gericht) ausüben können.⁴⁵ Mitarbeitende der Jugend- und Familienhilfe, die ohnehin schon mit den Fällen befasst sind oder waren und zu den entscheidenden Behörden in einem rechtlichen oder faktischen Subordinationsverhältnis stehen, sollten zumindest in ihrem Bezirk nicht mit der Verfahrensvertretung von Kindern betraut werden. In engem Zusammenhang mit der Unabhängigkeit steht auch

⁴⁴ Solche Situationen sind insbesondere: Streitiges Sorge- und Obhutsrecht, Misshandlung, Vernachlässigung, sexuelle Ausbeutung, häusliche Gewalt, Adoption.

⁴⁵ FamKomm Scheidung/Schweighauser, Anh. ZPO Art. 299 N 36; Standards für Kindesverfahrensvertretung des Vereins Kinderanwaltschaft Schweiz, http://www.kinderanwaltschaft.ch/standards_de.cfm (zuletzt eingesehen: 5.1.2012).

die Frage der Honorierung: Ehrenamtliche (unbezahlte) Vertretungstätigkeit lässt sich ebenso wenig mit diesem Grundsatz vereinbaren wie die Honorierung durch Personen, welche am Ausgang des Verfahrens ein eigenes Interesse haben oder haben könnten. Letztlich sind Kindesverfahrensvertreter immer über das Institut der unentgeltlichen Rechtsverteidigung zu entgelten. Unter dem geltenden Recht kommt es häufig vor, dass Vertreter auf der Grundlage von Art. 306 Abs. 2 i.V.m. Art. 392 Ziffer 2 ZGB eingesetzt und direkt von der Behörde entschädigt werden. Art. 308 ZGB kann jedoch nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich nie Grundlage für eine Kindesvertretung im Kindesschutzverfahren sein, weil der sogenannte Erziehungsbeistand immer auch den Elterninteressen verpflichtet und in diesem Sinn allparteilich ist, was einer wirksamen und glaubwürdigen Kindesinteressenvertretung im Wege steht.⁴⁶

c) *Kindeswohl und Kindeswille*

Es besteht hier nicht genug Raum, auf die beiden unbestimmten Rechtsbegriffe des Kindeswohls und des Kindeswillens adäquat einzugehen. Eine kurze Stellungnahme dazu darf jedoch in einem Aufsatz über den «Anwalt des Kindes» nicht fehlen. Eine Interessensvertretung des Kindes soll seine Rechte vertreten, seinen Willen (Wünsche) und seine Interessen im Verfahren zur Geltung bringen und dafür sorgen, dass der Kindeswille Resonanz erhält. Speziell in Kindesschutzverfahren stehen bekanntlich aber Kindeswohl und Kindeswille oft in einem Spannungsverhältnis. Von Vernachlässigung, Misshandlung und Missbrauch betroffene Kinder fühlen sich während des Verfahrens ihrer Herkunftsfamilie oft intensiv, bis hin zur Selbstaufgabe verbunden. Häufig wurden Gefühle und Bedürfnisse gerade dieser Minderjährigen seit frühester Kindheit nicht respektiert. Hinzu kamen in der Folgezeit oft Manipulationen, Schweigegebote und massive Drohungen seitens der Täter. Rollenumkehr, Parentifizierung und schwere Schuldgefühle bestimmen vielfach die pathogene Beziehung des Kindes zu seinen Eltern und damit auch die kindliche Gefühlswelt. Gerade aufgrund seiner Mangel- oder Gewalterfahrung klammert sich das misshandelt Kind – in der unrealistischen Hoffnung auf ein gutes Ende – an jene Personen, die seine Bedürfnisse nicht befriedigen konnten oder ihm Schmerz oder Gewalt zufügten. Der Wunsch nach Verbleib bei den Eltern wird in solchen Fällen oft nicht verträglich sein mit dem Kindeswohl; doch darf er, gerade weil der Wille dieser Kinder von ihren Bindungspersonen so oft übergangen und gebrochen wurde, im Kindesschutzverfahren nicht ohne verständnisvolle Resonanz bleiben! Kinderanwälte haben nicht die (bipolare) Aufgabe, entweder über pädagogische Beratung des minderjährigen Klienten eine eindeutige Ausgangslage herzustellen oder – falls dies nicht gelingt – ihr Mandat niederzulegen. Sie haben vielmehr die Spannung auszuhalten, sollen den unmanipulierten Willen des Kindes übermitteln und gleichzeitig kindeswohlverträgliche Lösungen fördern. Kindeswohl und Kindeswille schliessen sich in solchen Situationen nicht aus, sondern bedingen

⁴⁶ A.M. Kurt Affolter (Fn. 41), S. 42.

sich gegenseitig. Die Rechte des Kindes, sein Wille und sein Wohl sind *zusammenhängend* zu betrachtende Kategorien mit entsprechend grosser Bedeutung für seine Entwicklung und sein Wohlergehen. Wegen der Komplexität dieses Spannungsverhältnisses, welches immer im Einzelfall auszuloten ist, muss speziell im Kindesschutz-Verfahrenssystem eine klare Funktions- und Aufgabenteilung vorgenommen werden, wobei der Vertretung des Kindes die Aufgabe zukommt, ausschliesslich aus der Perspektive und im Interesse des Kindes an kindeswohlverträglichen Lösungen mitzuarbeiten.⁴⁷

d) *Qualitätssicherung*

Bei der Kindesverfahrensvertretung handelt es sich um die Interessenvertretung von systematisch Schwächeren, die – vorab im Kindesschutzverfahren – als vorbelastet gelten müssen. Kinder und Jugendliche verfügen weder über Kontrollkompetenzen noch gar ein Kündigungsrecht. Es wird punktuell immer wieder vorkommen, dass Kindesvertreter den Rahmen ihrer Rolle falsch ausfüllen oder gar verlassen (z.B. das Kind nie persönlich treffen oder unzureichend mit ihm kommunizieren, die Akten nicht einsehen, Aufgaben und Rollen anderer Verfahrensbeteiligter übernehmen etc.) und damit Schaden anrichten. Es stellt sich die Frage nach der Qualitätssicherung und Kontrolle. Dass der Staat hier eine letztendlich verfassungsrechtlich begründete Kontrollpflicht hat, liegt auf der Hand. Allerdings muss die einsetzende Behörde immer auch das ebenfalls zu beachtende Ziel der Wahrung der Unabhängigkeit der Kindesvertretung jederzeit im Blick haben. Es bedarf also eines sinnvollen und effektiven Systems zur gleichzeitigen Sicherung von Qualität und Unabhängigkeit. Dies dürfte – auch unter dem 2013 in Kraft tretenden Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – keine allzu einfache Aufgabe sein. Unabdingbare Voraussetzung ist in jedem Fall, dass das Institut der Kindesvertretung *grundsätzlich* vom «Kindesschutzsystem» und seinen Protagonisten akzeptiert und seine Funktion im Kindesschutzverfahren verstanden wird. Dies ist heute – wegen der noch jungen und nicht eindeutig definierten Rechtsfigur – vielerorts noch nicht der Fall. Umso wichtiger erscheint es, dass die organisierten und spezialisierten Kinderanwältinnen und -anwälte im Rahmen freiwilliger Selbstregulation die Qualität ihrer Arbeit sichern und sich strengen Fachstandards unterwerfen, welche Missbräuche und Fehlleistungen möglichst verhindern. Die Qualität des Prozesses und der Arbeitsergebnisse einer unabhängigen Kindesvertretung ist an den nachfolgend aufgeführten Leitfragen festzumachen.

- Ist die Kindesvertreterin als unabhängige Fachkraft in das Verfahren eingetreten und nahm sie die Interessen, Wünsche und Bedürfnisse des betroffenen Kindes umfassend wahr?
- Ist der vertrauensvolle Beziehungsaufbau zum Kind gelungen?

⁴⁷ Vgl. dazu auch: *Grossniklaus/Blum*: Unabhängige Verfahrensvertretung des Kindes – unverzichtbarer Bestandteil eines kindzentrierten Kindesschutzverfahrens, ZVW 1/2007, S. 23 ff.

- Konnte das Kind seine Wünsche, Fragen und Bedürfnisse – unabhängig und gleichberechtigt zu den Interessen der Erwachsenen – zum Ausdruck bringen und hat es Antworten erhalten?
- Ist das Kind fortlaufend und altersentsprechend über seine Rechte und Möglichkeiten informiert worden?
- Kennt das Kind den Verfahrensstand, kennt es die anderen Beteiligten (und umgekehrt)?
- Finden sich im abschliessenden Beschluss der Behörde deutliche Aussagen hinsichtlich einer Auseinandersetzung mit der kindlichen Interessens- und Bedarfslage wieder?

5. Ausblick

Am Schluss dieses Aufsatzes scheint klar: Die Grundvoraussetzungen für den «Einsatz» von Kinderanwältinnen in schweizerischen Kindesschutzverfahren sind gegeben. Verschiedene Rechtsgrundlagen wurden geschaffen. Ab 2013 wird es in Form des neuen Art. 314a^{bis} ZGB eine eigene Rechtsgrundlage für die Verfahrensvertretung von Kindern in Kindesschutzverfahren geben. Für interessierte Fachpersonen stehen dazu Weiterbildungsangebote zur Verfügung. Nicht nur für die betroffenen Kinder und Jugendlichen, sondern auch aus Sicht der Kindesschutzbehörden und der Jugend- und Familienhilfe und der vormundschaftlichen Amtsträger ist zu hoffen, dass von der Möglichkeit der Einsetzung von unabhängigen und spezialisierten Kindesverfahrensvertretern im Rahmen der Entwicklung zu einer *kinderfreundlichen Justiz* vermehrt Gebrauch gemacht wird. Um Art. 12 KRK und damit das Recht des Kindes auf Gehör umzusetzen, braucht es zwingend die Anstrengungen und das Bewusstsein der Kindesschutzbehörden und Gerichte. Die kurz bevorstehende Professionalisierung der Kindesschutzbehörden lässt hoffen, dass bald auch der alltägliche und «organisierte» Einbezug der Kinder und ihrer Befindlichkeit nicht als überflüssig oder störend, sondern als sinnvoll, entlastend und ein wichtiges Mittel erlebt wird, um kindeswohlorientierte Entscheidungen zu fördern und ermöglichen. Universitäten und Fachhochschulen sind eingeladen, durch spezifische Lehrangebote und mit entsprechenden Forschungsarbeiten bei den involvierten Berufsgruppen früh ein Kinderrechts-Bewusstsein schaffen und zur Qualitätsentwicklung beizutragen.

«*Das Postulat der Vertretung des Kindes ist nichts anderes als der verfahrensmässige Aspekt des Kindeswohls*», schrieb Cyril Hegnauer im Jahr 1994. Die jahrzehntelange internationale Entwicklung bestätigt diesen Satz vollumfänglich. Höchste Zeit, dass wir uns auch in der Schweiz gemeinsam an die Umsetzung machen.